

EFETIVIDADE E PRECEDENTES NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA UNIÃO EUROPEIA

Effectiveness and precedents under the European Union Procedural Law
Revista de Processo | vol. 300/2020 | p. 285 - 306 | Fev / 2020
DTR\2020\127

Marcel Piterman

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UFRGS. marcel.piterman@gmail.com

Área do Direito: Internacional; Civil; Processual; Direitos Humanos

Resumo: O presente ensaio analisará a aplicação da doutrina dos precedentes e a efetividade do processo no âmbito do direito processual civil da União Europeia, em especial, o modo como vem sendo aplicada essa doutrina, consoante as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Precedentes – Efetividade – Processo civil – União Europeia – Tribunal de Justiça – Corte Europeia dos Direitos Humanos

Abstract: This essay will examine the application of the doctrine of precedents and the effectiveness of the procedure in the framework of the European Union civil procedural law, in particular the manner in which this doctrine has been applied, according to the decisions of the European Union Court of Justice and the European Court of Human Rights.

Keywords: Precedents – Effectiveness – Civil procedure – European Union – Court of Justice – European Court of Human Rights

Sumário:

Introdução - 1.Os precedentes vinculantes e a efetividade do processo no âmbito da União Europeia - 2 Os precedentes vinculantes como meio de promover a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade no âmbito do direito processual civil da União Europeia - Conclusão - Referências bibliográficas

Introdução

A União Europeia representa talvez a mais bem-sucedida inovação em termos políticos e jurídicos do último século. O sistema jurídico da União tem desafiado paradigmas, desde a sua criação, há 70 anos. As instituições Europeias vêm ao longo desses anos causando diversos impactos na rotina dos cidadãos dos Estados-Membros.

O presente ensaio analisará a aplicação da doutrina dos precedentes e a efetividade do processo no âmbito do direito processual civil da União Europeia, em especial, o modo como vem sendo aplicada essa doutrina, consoante as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Ao adotar formalmente a doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*), estarão as Cortes Europeias, além de promover segurança jurídica aos cidadãos da União, atuando consoante a efetividade virtuosa do processo e resguardando a igualdade das partes pelo processo.

1.Os precedentes vinculantes e a efetividade do processo no âmbito da União Europeia

A aceleração do processo – uma das variáveis do valor efetividade – implica sempre risco ao resultado qualitativo que se pretende alcançar. A efetividade e a segurança jurídica constituem valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades. A doutrina afirma, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez,

também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça do caso. Como sobreprincípios, podem atuar sobre outras normas, tanto no âmbito semântico quanto no axiológico.¹ Ambos, efetividade e segurança, encontram-se em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e quanto maior a segurança menor a efetividade. Nos casos não resolvidos pelo sistema, caberá ao tribunal, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer. Incrementar a segurança pode comprometer a efetividade e, em contrapartida, incrementar a efetividade pode comprometer a segurança.

De tal sorte, o grande desafio do Tribunal de Justiça da União Europeia é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente conflito, e nada obstante complementares. Uma via para a solução desse problema é a adoção do sistema de precedentes judiciais vinculantes. Os precedentes vinculantes servem ao direito para que possa orientar condutas a fim de cumprir com os seus objetivos básicos de prover uma ordem jurídica pautada pela liberdade e pela igualdade.²

O precedente judicial é um termo fortemente ligado aos sistemas jurídicos anglo-saxões. O sistema de precedentes significa basicamente que os juízes “criam” o direito no curso da resolução de litígios e é um sistema em que o papel das decisões judiciais não tem sido apenas aplicar, mas também definir as regras jurídicas. Quando o tribunal tem de decidir um caso “must always look back to see how previous judges have dealt with previous cases”.³ Consoante autorizada doutrina, “precedents are situations – in a legal context, usually decided cases – in which an issue at hand has already been decided elsewhere.”⁴ Ainda,

“precedent-following is very obviously a backward-looking activity: when we decide on the basis of precedent, we treat as significant the fact that essentially the same decision has been made before. Perhaps less obvious is the fact that creating precedents, and even following precedents, can be a forward-looking activity.”⁵

Ainda, considera-se que o precedente é um conceito complexo. Num primeiro passar de olhos, três pontos podem ser discernidos. Primeiro, que algo aconteceu antes, e, nesse aspecto, volta-se para o passado. Em segundo lugar, pode fornecer um motivo para fazer algo. A esse respeito, o precedente olha para o futuro. Seu núcleo é um apelo a favor ou contra a repetição. Os eventos passados devem ou não ocorrer novamente. Portanto, não é apenas algo, mas também uma argumentação jurídica. Em terceiro lugar, o vínculo entre a decisão passada e a presente é que acaba sendo, em algum aspecto, semelhante, e isso, geralmente, é implícito. A doutrina do precedente procura afirmar o controle sobre o uso de decisões anteriores. São diretrizes que estipulam como os precedentes operam na prática em um determinado sistema. Isso pode ser feito através de instruções metodológicas, regulação explícita ou através de princípios metodológicos inerentes, como a segurança jurídica ou a proteção da confiança legítima.⁶

Um elemento fundamental do sistema de precedentes do direito inglês é a doutrina do *stare decisis*, ou seja, os tribunais estão vinculados pelas próprias decisões (horizontal) e pelas decisões dos tribunais superiores (vertical). Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízes obrigados a seguirem os próprios precedentes (*stare decisis* horizontal), estando todas as Cortes de Justiça e todos os juízes de primeiro grau obrigados a observar – isto é, aplicar – os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (*stare decisis* vertical). É em razão disso que a doutrina aponta pacificamente o caso *London Tramways Co. vs. London County Council* (1898) como sendo aquele em que inequivocamente a House of Lords decidiu pela vinculação aos seus próprios precedentes.⁷

Na Inglaterra, até 1966, mesmo a House of Lords estava vinculada por suas próprias decisões. Assim, a teoria do precedente poderia impedir a evolução do direito. Por essa

razão, a House of Lords entendeu, mediante um Practice Statement de 1966, que poderia superar os seus precedentes em determinadas situações a fim de não perpetuar soluções injustas e não frustrar a necessária abertura que o direito deve proporcionar para acolher a evolução social.⁸ O que é vinculativo de uma decisão é a *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* deve ser distinguida do *obiter dictum*. No entanto, é questionável o que constitui a *ratio decidendi*. Na maioria das vezes acaba ela por ser descrita como a base necessária para a decisão ou o motivo da decisão que constitui o precedente vinculante. O *obiter* é o resto da decisão, a parte da decisão que o juiz declarou sem qualquer obrigação. Pode acontecer, todavia, que um tribunal superior discorde da solução jurídica adotada por um tribunal inferior e supere (*overruling*) o princípio estabelecido pelo tribunal inferior.⁹

A doutrina, de modo geral, considera difícil classificar os casos em que o Tribunal superou sua jurisprudência anterior. As razões para o *overruling* podem ser múltiplas. Pode acontecer que o Tribunal considere suas decisões anteriores apropriadas nas novas circunstâncias ou deseje restringir uma interpretação não intencional ou imprevista da jurisprudência. A política do *overruling* não é predefinida e as mudanças no entendimento podem ser progressivas ou regressivas. Em uma mudança progressiva, a força criativa da Corte é demonstrada. No entanto, isso nem sempre é o caso. Às vezes, uma abordagem mais restritiva, que leva à alteração de uma decisão anterior, parece mais aceitável para o Tribunal. Chegou-se até a propor determinadas razões que justificassem a superação do precedente no âmbito do direito da União Europeia, de acordo com o seguinte: i) limitar a interpretação da jurisprudência anterior; ii) conferir uma interpretação mais ampla; iii) tutelar o equilíbrio institucional; iv) proporcionar uma interpretação em conformidade com os direitos humanos; e v) em face de alteração dos tratados, alterações legislativas e evolução da jurisprudência.¹⁰

A doutrina dos precedentes judiciais, todavia, não é algo unânime em doutrina. De acordo com determinado setor, os precedentes não são, em geral, vinculantes e, diante disso, não têm qualquer significado normativo, pelo menos fora dos sistemas jurídicos do *common law*. Nos sistemas de *civil law*, os julgamentos são vinculantes apenas no que diz respeito ao caso julgado e entre as partes para as quais a decisão foi proferida. O mesmo se aplica à ordem jurídica internacional e ao direito da União Europeia. Fora do direito do *common law*, não há doutrina do *stare decisis*. Consoante a tradição civilista, os juízes nada mais são do que “*la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la rigueur.*”¹¹

Por conseguinte, os tribunais são, pelo menos em princípio, livres para se afastar das interpretações e das decisões proferidas por outros tribunais e por si próprios, em casos anteriores. No entanto, isso não é o que rotineiramente acontece na prática, especialmente na prática do Tribunal de Justiça da União Europeia. Os advogados referem-se ao “*case law*” quando mencionam a jurisprudência e os tribunais decidem regularmente com base na jurisprudência consolidada. A referência a um precedente “*well-established*” por vezes suplanta determinados argumentos e uma decisão judicial que ignora ou se afasta do precedente acaba por não parecer consoante o Direito. Esse abismo aparente entre a teoria e a prática é poucas vezes tomado em consideração, já que não há obrigação em seguir os pronunciamentos judiciais anteriores e a aparente obediência ao precedente é considerada um mero fato. Em outras palavras, os precedentes, fora do âmbito do *common law*, são vinculativos não de *jure*, mas apenas de *facto* – algo que pode ser considerado uma *contradictio in terminis*.

Todavia, deve ser registrado que essas características do sistema de precedentes do *common law* servem à segurança jurídica. A segurança jurídica exige que as decisões judiciais sejam previsíveis. Exige que situações semelhantes devam ser tratadas igualmente, a menos que uma diferença no tratamento seja objetivamente justificada. A uniformidade da aplicação do Direito é, portanto, um elemento crucial da segurança jurídica. O precedente reduz a discricção dos tribunais e é o garantidor da certeza jurídica e da igualdade de tratamento pelo processo.

Embora, em princípio, qualquer overruling seja aparentemente contrário à ideia de segurança jurídica, pode ser necessário em determinadas circunstâncias. As circunstâncias sociais ou econômicas ou o ambiente jurídico podem mudar, novas demandas sociais surgem ou simplesmente será constatado posteriormente que o tribunal julgou de modo equivocado. A evolução do Direito ou a correção de julgamentos equivocados deve ser permitida e a “porta de entrada” para isso é o overruling. Como afirma a doutrina, “a legal system has to support a certain degree of uncertainty that is required for its development.”¹²

Tanto o princípio da segurança jurídica como a igualdade de tratamento são reconhecidos na legislação da União Europeia e refletem-se na prática do Tribunal de Justiça da União Europeia. Na grande maioria dos casos, o Tribunal segue os seus próprios julgamentos e considera-os aplicáveis a casos futuros se a situação de fato for semelhante ou idêntica. O desenvolvimento e a adaptação necessária da jurisprudência do Tribunal estão por vezes em conflito com a exigência de segurança jurídica. Por conseguinte, além de ter sempre presente o conflito entre efetividade e segurança, o Tribunal deve encontrar um equilíbrio entre a segurança jurídica e as mudanças frequentemente necessárias pelos objetivos da integração.

Terminologicamente, encontram-se certos sinais de que o julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia pode ser considerado um sistema de precedentes. Os advogados-gerais e, por vezes, o próprio Tribunal, utilizam os termos “precedente”, “stare decisis”, “ratio decidendi” (fundamentos) e “obiter dictum”. Basta uma rápida consulta no repertório da jurisprudência do tribunal para se chegar a essa conclusão.

No caso Comissão das Comunidades Europeias contra AssiDomän Kraft Products AB e outros, o Tribunal de Justiça mencionou a “autoridade” e “os fundamentos” que constituem o alicerce de uma decisão anterior, especialmente para anular determinadas medidas supranacionais. Consta da decisão o seguinte trecho:

“Por outro lado, se a autoridade absoluta de que goza um acórdão de anulação de um tribunal comunitário (v., nomeadamente, os acórdão de 21 de Dezembro de 1954, França/Alta Autoridade, 1/54, Recueil, p. 7, Colect. 1954-1961, p. 1; Itália/Alta Autoridade, 2/54, Recueil, pp. 73, 104, Colect. 1954-1961, p. 5, e de 11 de Fevereiro de 1955, Assider/Alta Autoridade, 3/54, Recueil, p. 123, Colect. 1954-1961, p. 11) abrange tanto a parte decisória do acórdão como os fundamentos que constituem o seu alicerce necessário, não pode levar à anulação de um acto não sujeito à apreciação do juiz comunitário e que estaria ferido da mesma ilegalidade.”¹³

Quando se manifestou no caso Sema Sürül vs. Bundesanstalt für Arbeit, o Advogado-Geral Antonio La Pergola, além de utilizar os termos “ratio decidendi” e “obiter dictum”, mencionou acerca da falta de consagração da regra “stare decisis” no sistema judicial comunitário, sendo certo que o Tribunal de Justiça não deixa de velar para que exista continuidade da sua jurisprudência, para que os seus acórdãos sejam em si mesmos logicamente compatíveis e não contraditórios, não estando, todavia, tecnicamente vinculado pelos seus acórdãos anteriores, podendo, assim, resolver de forma diferente a questão prejudicial objeto de uma anterior decisão, se tal resultado for justificado por novos elementos de apreciação que foram submetidos no processo posterior.¹⁴

Talvez por isso, um setor da doutrina, ao fim e ao cabo, acabe por entender que embora sejam encontrados esses termos usados no direito anglo-saxão nas conclusões dos advogados-gerais e nas decisões do tribunal, cuida-se apenas de mera “aparência”. O uso da terminologia não transforma a jurisprudência do tribunal em um sistema de precedentes, como existe no common law, e o tribunal não lida com a natureza e as características da sua jurisprudência.¹⁵ Essa tarefa tende a ser deixada aos estudiosos e aos advogados-gerais da corte, sendo que, é bom ressaltar, a eventual presença da doutrina stare decisis na jurisprudência do tribunal e a força obrigatória das decisões da corte foram discutidas pelos advogados-gerais em diversas oportunidades. Talvez por

conta da tradição, afirma-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia não é vinculado por suas decisões anteriores (*stare decisis horizontal*), já que não segue formalmente a doutrina do *stare decisis*. Isso permite que o tribunal modifique suas decisões futuras se levada em consideração a mudança do cenário europeu. Aqueles que defendem essa posição admitem que o tribunal “is strongly persuaded by its own previous decisions and rarely departs from them in practice in the interests of legal certainty”,¹⁶ e ainda mencionam que quando julga, a Corte “settles the case at hand but also sets a precedent for how subsequent cases are to be resolved”, muito embora “the Court may never refer to *stare decisis* or the doctrine of precedent”.¹⁷

Em outras palavras, o Tribunal de Justiça não está vinculado por suas decisões anteriores, mas na prática quase nunca desvia delas ao julgar casos semelhantes ou idênticos.¹⁸ A doutrina do *binding precedent* como existe no *common law* seria inadequada num tribunal que originalmente atua como tribunal de primeira e última instância, pois muitas das decisões apenas poderiam ser modificadas pela alteração dos Tratados da União, um longo processo que exigiria o acordo de todos os Estados-Membros e a ratificação por cada um deles consoante os seus respectivos requisitos constitucionais. Por conseguinte, era imperativo que o tribunal tivesse o poder de mudar a direção da sua jurisprudência e afastar-se das suas decisões anteriores, em particular nos casos com importantes implicações constitucionais.¹⁹ Na defesa dessa posição, ainda, a doutrina refere que deve ser dada uma atenção especial à forma específica e à função de uso precedente pelo tribunal de justiça, especificamente quanto à forma como o tribunal emprega o precedente, não estando determinado por uma convicção metodológica ou teórica específica sobre o precedente, mas dependendo do contexto específico em que o tribunal decide um caso.²⁰

Segundo a Advogada-Geral Verica Trstenjak, a autoridade vinculativa do precedente não é uma característica inerente do sistema judicial da União. Embora, no interesse da segurança jurídica e da interpretação uniforme do direito comunitário, os órgãos jurisdicionais comunitários se empenhem, em princípio, numa interpretação coerente do direito, a estrutura geral tanto da ordem jurídica como do sistema judicial implica que os tribunais comunitários não estejam vinculados por suas decisões anteriores. O que, segundo ela, se explica, de um ponto de vista histórico, pelo fato de a União ter sido inicialmente constituída por Estados pertencentes à família jurídica do *civil law*, da Europa continental, pelo que a ordem jurídica supranacional resultante apresenta essa mesma influência. Acaba, dessa forma, por concluir que a aceitação do efeito vinculante dos acórdãos, na acepção do *common law*, seria inadequado, pois a modificação dos acórdãos com trânsito em julgado apenas seria possível através da modificação dos tratados constitutivos, e, dadas as barreiras constitucionais a isso associadas nos Estados-Membros, acabou-se por dar ao tribunal de Justiça a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, se afastar da sua anterior jurisprudência e guiar a evolução do Direito da União noutra sentido.²¹

Alguma atenção também despertou com relação aos métodos de aplicação das normas que são utilizados pela Corte, por estar o tribunal too involved in further lawmaking, e, dessa forma, estar a ocupar o papel do legislador e alterar o equilíbrio que deve existir entre a separação dos poderes. Argumenta-se que o Tribunal, através do seu *judge-made law*, cria o Direito primário da União, elabora novos princípios fundamentais, amplia sua competência e submete, frequentemente, novos ramos do direito ao Direito da União Europeia. Essa atividade do Tribunal de Justiça da União Europeia tem sido descrita como *ativismo judicial*.²²

O argumento de que o Tribunal de Justiça é um “mero intérprete do direito”, já que se não fosse assim, seria considerado um *law-maker* com poderes para “criar o direito” numa atividade de “construção” não é verdadeiro e não se pode concordar com ele. A atividade do tribunal constitui uma atividade de reconstrução do sentido normativo dos textos legais.

Como observa a doutrina,

“o essencial é que o Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado”.²³

Isso quer dizer que se assume a separação entre texto e norma – o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários. Uma atividade de reconstrução.²⁴ Quando se compreende a distinção entre texto e norma, vendo-se essa última como o resultado da interpretação do texto legal, portanto, não mais como seu objeto, torna-se fácil atribuir ao tribunal a missão de reconstruir a norma jurídica que espelha a compreensão da lei, sempre na perspectiva das normas constitucionais, em especial, dos direitos fundamentais.

Ademais, dizer que o Tribunal de Justiça, em determinadas circunstâncias, pode “afastar-se da sua jurisprudência anterior”, é nada mais do que admitir o fenômeno do *overruling* no âmbito do Direito Europeu. Até porque, como é evidente, “at times, however, a court will believe that one of its previous decisions is extremely wrong or that the consequences of a previously mistaken holding (in the eyes of the instant court) are so grave as to demand *overruling*.”²⁵

Com efeito, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, da forma como vem sendo implementada através das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, em apoio às conclusões emitidas pelos advogados-gerais, fundamenta a uniformidade da aplicação do direito como elemento crucial da segurança jurídica. O precedente vinculante também não significa ativismo judicial, pelo contrário, tem a vantagem de reduzir a discricionariedade dos tribunais e garantir a igualdade de tratamento das partes pelo processo. Embora qualquer *overruling* seja aparentemente contrária à exigência de segurança jurídica, pode ser necessário sob certas circunstâncias e conforme a doutrina do precedente. A evolução do direito ou a correção de julgamentos errôneos devem ser permitidos. Ao assumir a separação entre texto e norma conclui-se que a atividade de interpretação jurídica do tribunal não constrói o direito, mas constitui uma atividade de reconstrução do sentido normativo.

2 Os precedentes vinculantes como meio de promover a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade no âmbito do direito processual civil da União Europeia

Como já referido, tanto a segurança jurídica como a igualdade são reconhecidos na legislação da União Europeia e refletem-se na prática do Tribunal de Justiça da União Europeia. Na grande maioria dos casos, o Tribunal segue os seus próprios acórdãos e os considera aplicáveis a casos futuros se a situação de fato for semelhante ou idêntica. A doutrina, ao tratar da importância do sistema de precedentes aplicado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, observa que

“while in the common law systems the case has to be significantly similar on facts to be relevant for deciding another case, the Court of Justice makes connections between cases at a much higher level of abstraction” e isso “enables the Court to move freely between formal sources of law and sectors of Union law.”²⁶

Talvez pioneiramente, por ocasião do acórdão de 27 de março de 1963, em caso que envolveu *Da Costa en Schaake NV* e outros contra Administração Fiscal neerlandesa, suscitou-se a questão da vinculação do Tribunal de Justiça da União Europeia aos seus precedentes. Nesse caso, quando se vislumbrou uma possibilidade de aplicação da técnica do *overruling*, o Advogado-Geral Maurice Lagrange referiu nas suas conclusões que

“o Tribunal de Justiça deve, como em qualquer outra matéria, permanecer livre quanto às suas decisões futuras. Seja qual for a importância do acórdão que seja levado a preferir sobre tal ou tal questão, seja mesmo qual for a natureza abstracta que possa apresentar a interpretação de uma ou outra disposição do Tratado – ou aparente

apresentar – a regra de ouro da força relativa do caso julgado deve ser preservada: é pela autoridade moral das suas decisões e não pela força jurídica do caso julgado que um órgão jurisdicional como o Tribunal de Justiça se deve impor.”²⁷

O Advogado-Geral ainda ponderou que

“ninguém estará à espera de que, tendo proferido um acórdão de fundo, como o acórdão 26/62, o Tribunal se retrate, sem serias razões, por ocasião de outro litígio, mas deve defender-se, juridicamente, o direito de o fazer. A regra da força relativa do caso julgado é um regra equilibrada; obriga o juiz, mais do que a proteger-se formalmente com um acórdão já proferido, tal como nos socorremos de uma lei ou de um regulamento, a manter, sem cessar, o sentido da sua responsabilidade, quer dizer, a confrontar, face a cada litígio, as realidades com a norma jurídica, o que o pode conduzir a reconhecer, eventualmente, os seus erros à luz de factos novos, de argumentos novos ou mesmo de um exame de consciência espontâneo ou, hipótese mais frequente, a modificar ligeiramente o seu ponto de vista sem o alterar completamente, prestando-se assim, à luz da experiência e da evolução das doutrinas jurídicas e dos fenómenos económicos, sociais ou outros, àquilo a que se chama uma evolução jurisprudencial. Ora, a regra da força relativa do caso julgado é a arma que lho permite. Bem entendido que, com ponderação, só usará essa arma com prudência, sob pena de destruir a segurança jurídica; mas é uma arma que lhe é necessária e que não deve abandonar.”²⁸

Ainda, por ocasião do julgamento do caso Koldo Gorostiaga Atxalandabaso contra o Parlamento Europeu, assentou o Tribunal de Justiça, ao referir-se a uma decisão anterior, que

“o acórdão Gorostiaga não foi objecto de recurso para o Tribunal de Justiça e que, por conseguinte, tanto a sua parte decisória como os fundamentos que constituem o seu alicerce necessário adquiriram carácter definitivo (acórdão de 1 de Junho de 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Comissão, C 442/03 P e C 471/03 P, Colect., p. I 4845, n. 44 e 47 e jurisprudência citada). Por isso, a questão do carácter indevido dos montantes a recuperar e da obrigação do recorrente de proceder ao respectivo reembolso não podia ser submetida novamente ao Tribunal de Primeira Instância e apreciada por este sem violar a força de caso julgado de que beneficiava o acórdão Gorostiaga.”²⁹

Talvez, o equívoco das conclusões do Advogado-Geral Maurice Lagrange em Da Costaen Schaake NV e da decisão do Tribunal de Justiça em Koldo Gorostiaga Atxalandabaso tenha sido confundir a vinculação obrigatória dos precedentes com a imutabilidade do caso julgado material. Submeter a eficácia do precedente à formação do caso julgado é confundir um instituto que pertence ao discurso voltado à tutela dos direitos em uma dimensão geral (o precedente) com um instituto que concerne ao discurso voltado à tutela do direito em uma dimensão particular (a coisa julgada), além de confundir a eficácia da decisão, aí incluída aquela que é oriunda da simples publicação das suas razões, com a qualidade da coisa julgada.³⁰

No mais, o raciocínio do Advogado-Geral Lagrange foi correto para fixar as bases do modo como se daria o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que durante os anos foi agregando aos seus julgados, especialmente devido às conclusões dos advogados-gerais, termos como “stare decisis”, “ratio decidendi” e “obiter dictum”, consagrados na doutrina dos precedentes vinculantes.

De tal sorte que não se trata de mera aparência. O uso da terminologia da common law acaba por colocar a jurisprudência do Tribunal em um sistema de precedentes, tal como existe no direito anglo-saxônico. O Tribunal de Justiça considera relevante a natureza e as características da sua jurisprudência e essa característica foi muito bem apreendida pelos advogados-gerais da Corte.

O Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro assinalou que o tribunal sempre seguiu a

jurisprudência anterior em obediência aos valores da coerência, da uniformidade e da segurança jurídica, que são inerentes a qualquer sistema jurídico. Em um trecho importante das suas conclusões asseverou que

“o Tribunal de Justiça sempre se mostrou cauteloso em mudar de orientação quanto à interpretação jurídica adoptada nos seus acórdãos anteriores. Embora não se pronunciando sobre a natureza de precedente jurídico desses acórdãos, o Tribunal de Justiça sempre procedeu com deferência perante uma corrente jurisprudencial solidamente assente. A autoridade reconhecida pelo Tribunal de Justiça aos acórdãos que proferiu no passado pode entender-se como decorrente da necessidade de garantir os valores da coerência, da uniformidade e da segurança jurídica inerente a qualquer sistema jurídico. [...] Apesar de o Tribunal de Justiça não estar formalmente vinculado pelos seus próprios acórdãos, reconhece, pela deferência que lhes dispensa, a importância da estabilidade da sua jurisprudência para a sua autoridade interpretativa e contribui para garantir a uniformidade, a coerência e a segurança jurídica no seio da ordem jurídica comunitária.”³¹

Por sua vez, a opinião do Advogado-Geral Nial Fennelly analisou em pormenores se e quando o Tribunal pode se desviar de uma decisão anterior. Registrou o Advogado-Geral que “por princípio, o Tribunal de Justiça não está, naturalmente, vinculado pelos seus próprios acórdãos anteriores,” uma vez que a doutrina do precedente ou *stare decisis* não se seguiu como no Reino Unido ou na Irlanda. Todavia, acrescentou que “não é menos óbvio que o Tribunal de Justiça deve, na prática, seguir a sua jurisprudência anterior, exceto quando existam fortes razões para não o fazer”. O Tribunal, portanto, pode reconsiderar uma decisão anterior se houver “razões imperiosas de que foi total ou parcialmente equivocada.”³²

De origem irlandesa e conhecedor do sistema do common law, o Advogado-Geral esclareceu também que a Supreme Court irlandesa, embora sujeita ao princípio de “respeitar o precedente como procedimento normal, e mesmo quase universal,” afasta-se das suas próprias decisões anteriores por razões imperiosas:

“[...] quando a Supreme Court entenda que existe uma razão imperiosa para não seguir uma sua decisão anterior... quando tal se revele manifestamente errado, estará obrigada a perpetuar o erro? [...] Por desejáveis que sejam, a segurança, a estabilidade e a previsibilidade da lei não podem, na minha opinião, justificar que um tribunal de última instância profira uma decisão de que está convencido, por razões imperiosas, que é errada.” (Juiz Kingsmill Moore, proferindo a decisão da Supreme Court no processo *Attorney general/Ryan's Car Hire* (1965) IR 642, 654; v., de um modo geral, Kelly, *The Irish Constitution*, 3. ed., por Hogan c Whyte, Butterworths, Dublin e Londres, 1994. p. 532 a 539).

Também conhecedor do sistema do common law no âmbito do Direito inglês, o Advogado-Geral mencionou que

“do mesmo modo, a House of Lords declarou em orientações de 1966 que ‘a sujeição demasiado rígida ao precedente pode conduzir, em determinados casos, à injustiça, e pode também limitar a evolução adequada da lei. Propõe-se portanto a modificação da prática actual e, embora considerando normalmente vinculativas as anteriores decisões da House, o seu afastamento quando se tal afigure adequado.’ (Orientações sobre os precedentes judiciais de 26 de Julho de 1966 (1966) 1 WLR 1234, (1966) 3 All ER 77; para uma aplicação recente desta orientação, v. *Pepper/Hart* (1993) 2 WLR 1035(1993)1AUER42.).”³³

O tribunal, ao decidir o caso *Merck vs. Primecrown*, recusou-se a superar (overruling) o precedente *Merck vs. Stephar and Exler*³⁴ e continuou a limitar o alcance da jurisprudência, consoante o precedente anterior, que não revelou estar ultrapassado: “Atendendo a que não pode ser acolhido nenhum dos argumentos a favor de um reexame da jurisprudência *Merck* até aqui examinados, há que apreciar se, tendo em

conta as circunstâncias específicas referidas pelo órgão jurisdicional nacional, deve limitar-se o alcance dessa jurisprudência.³⁵

Nos seus acórdãos, o Tribunal remete para as suas decisões anteriores e menciona a “jurisprudência constante”³⁶ da Corte, o que evidencia o respeito e acato às próprias decisões do Tribunal e vai ao encontro dos princípios fundamentais da União da certeza jurídica e da previsibilidade, além de contribuir com a uniformidade do sistema do rule of law e proporcionar um ambiente de segurança jurídica ao Direito da União. A invocação desses princípios fica evidente no Direito da União quando se analisa, por exemplo, aquilo que decidiu o Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos envolvendo Dansk Rørindustri e outros contra a Comissão das Comunidades Europeias.

Acerca da previsibilidade e da segurança jurídica, referiu a corte que

“estes princípios encontram reflexo na jurisprudência assente do Tribunal de Justiça a segundo a qual a obrigação de o juiz nacional fazer referência ao conteúdo da directiva, ao interpretar as normas pertinentes do seu direito nacional, é limitada pelos princípios gerais do direito que fazem parte do direito comunitário, designadamente, pelos princípios da segurança jurídica e da não retroactividade (v. acórdão de 8 de Outubro de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, *Colect.*, p. 3969, n. 13).³⁷

Também, no ano de 2011, quando do julgamento do caso envolvendo a ArcelorMittal Luxembourg SA e outros contra a Comissão Europeia, recordou o tribunal

“que o princípio da segurança jurídica exige que a regulamentação da União permita aos interessados conhecer com exactidão a extensão das obrigações que ela lhes impõe e que estes últimos possam conhecer sem ambiguidade os seus direitos e obrigações e agir em conformidade (acórdão de 10 de Março de 2009, *Heinrich*, C 345/06, *Colect.*, p. I 1659, n. 44 e jurisprudência referida).³⁸

Consequentemente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora não seja explícita, acaba por constituir-se num sistema de precedentes no sentido aplicado pelo direito do common law. Nos seus acórdãos, o Tribunal de Justiça refere frequentemente a well established case law. Na maior parte dos casos, as decisões do Tribunal remetem explicitamente às decisões anteriores que apoiam a conclusão do caso em apreço ou das quais o caso deve ser distinguido, o que significa coerência e sistematização não só da legislação da União Europeia, mas também da jurisprudência do tribunal.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é uma importante fonte primária do direito da União Europeia, consoante a doutrina.³⁹ O artigo 47.º da Carta, que trata do direito fundamental ao processo justo, retrata a jurisprudência constante e consolidada do Tribunal de Justiça, o que significa, também, constituir o precedente judicial uma importante fonte para o direito da União Europeia, nas situações de state liability, em que a Corte sempre refere o caso *Francovich* como fonte do direito, nos termos do parágrafo 50, em que “a parte lesada pela não conformidade do direito nacional com o direito da União poderia invocar a jurisprudência resultante do acórdão de 19 de novembro de 1991, *Francovich e o.* (C 6/90 e C 9/90, *Colect.*, p. I 5357), para obter, sendo caso disso, a reparação do dano sofrido (v. acórdão *Dominguez*, já referido, n. 43).⁴⁰ Ademais, a Corte decidiu que “uma violação do direito comunitário é suficientemente caracterizada quando a decisão em causa foi tomada violando manifestamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria⁴¹ e que essa violação “se presume, em qualquer caso, quando a decisão em causa for tomada violando manifestamente a os jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria (acórdão *Köbler*, já referido, n. 53 a 56).⁴²

Em 2008, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que

“segundo jurisprudência constante, o princípio da tutela jurisdicional efectiva constitui um princípio geral do direito comunitário, que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros e que foi consagrado pelos artigos 6.º e 13.º da CEDH,

tendo este princípio, aliás, sido reafirmado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de Dezembro de 2000, em Nice (JO C 364, p. 1) (v. acórdão de 13 de Março de 2007, Unibet, C 432/05, Colect., p. I 2271, n. 37).⁴³

Aliás, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva vem ao longo dos anos sendo um elemento central na ordem jurídica da União Europeia, que tem por base o *rule of law*, sempre evidenciado pela jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, pelos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e mais recentemente pelo artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

É verdade que o Tratado de Lisboa não menciona que o Tribunal de Justiça deve seguir as suas decisões anteriores e isso não decorre nem do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, nem tampouco do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça. Porém, não é menos verdade que ao seguir as suas prévias decisões o Tribunal demonstra coerência e consistência, além de traçar uma trajetória contínua nos seus julgados em vez de causar surpresas ao proferir decisões.

Além disso, tendo em vista que sistema jurídico supranacional da União Europeia é por vezes dotado de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e diretivas genéricas, a exemplo do artigo 55.º do Tratado da União Europeia e do artigo 358.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, necessita esse sistema de uma completude através da “concretização judicial”,⁴⁴ cujo adequado dimensionamento dos contornos interessa a todos que se encontram submetidos à legislação.⁴⁵

Essa necessidade de “completude” do Direito da União foi constatada pelo Advogado-Geral Francis G. Jacobs, em 13 de março de 1990, ao afirmar metaforicamente que “em conformidade com a sua natureza de *traité-cadre*, o Tratado CEE não se propõe criar um código exaustivo de normas que regulamentem o estatuto dos direitos de propriedade intelectual em direito comunitário. Limita-se a fornecer a ossatura. Compete ao legislador comunitário e ao Tribunal de Justiça a dar-lhe substância.”⁴⁶

Existem sinais, em decisões do tribunal, de uma disposição crescente para enfrentar as implicações da sua jurisprudência anterior. No caso HAGII, o tribunal, pela primeira vez, superou (*overruling*) expressamente uma das suas próprias decisões anteriores. Na sequência da sugestão do advogado-geral Francis G. Jacobs, o tribunal, nesse caso, superou a tão criticada doutrina de “origem comum”, estabelecida no caso HAG I, que limitou as circunstâncias nas quais o titular de uma marca, num Estado-Membro, poderia restringir legalmente as importações de produtos com a marca em outro Estado-Membro.⁴⁷

O Advogado-Geral Jacobs mencionou que, se fosse seguido, “o Tribunal deveria, em meu entender, tornar claro, no interesse da segurança jurídica, que está a abandonar a doutrina da origem comum definida no acórdão HAG I” e, depois disso, concluiu:

“A necessidade de, no caso presente, o Tribunal contrariar expressamente uma decisão anterior é, creio, inevitável, mesmo que o Tribunal nunca o tenha feito explicitamente antes. No presente caso, os argumentos no sentido de abandonar a doutrina da origem comum são excepcionalmente fortes; além disso, e como já sugeri, a validade daquela doutrina já foi posta em dúvida, como consequência da jurisprudência posterior.”⁴⁸

A ideia de “completude” do Direito da União já havia sido acatada pelo Tribunal de Justiça quando, em 23 de abril de 1986, decidiu o célebre caso *Les Verts* e mencionou que “a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado”.⁴⁹ Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou os tratados de direito comunitário como “the basic constitutional charter”. A Corte também preenche as

lacunas do Direito da União, a exemplo do que foi decidido em *Inuit Tapiriit Kanatami and Others vs. European Parliament and others*, quando definiu que a expressão “atos regulamentares”, prevista no parágrafo quarto do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, deve ser interpretada no sentido de que não inclui os atos legislativos, muito embora não exista definição legal dessa expressão nos Tratados da União Europeia.⁵⁰

Ao buscarem o verdadeiro significado dos textos dos Tratados de Direito da União, a exemplo do artigo 30.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que proíbe restrições quantitativas às importações entre os Estados-Membros, os juristas sempre têm de consultar as decisões do Tribunal de Justiça da União, para saberem se a proibição se aplica ao caso em apreço. Na ausência das decisões do Tribunal, muito da legislação da União Europeia não existiria. As doutrinas fundamentais da legislação da União Europeia, como o efeito direto e primado, só podem ser encontradas nos precedentes da Corte. A doutrina ilustra da seguinte forma:

“The puzzle is well illustrated by a major treatise on the EU judicial system which states that the ‘case law – though in theory not formally binding – is often the most important source of law’.”⁵¹ Não diverge dessa orientação a ideia de que “The CJEU is a court with civil law roots but a case law future.” Por isso afirma-se que “Taking the constitutional nature of the CJEU into account, and moving away from the more traditional understanding of precedent, we view the CJEU’s approach as an acceptable exercise of judicial authority in a case law system” e conclui-se que “the CJEU is a precedent-driven constitutional court comparable to the Supreme Court of the United States and with a comparable approach to precedent.”⁵²

Com efeito, o próprio Tribunal, com vistas à certeza na aplicação do direito, mesmo não adotando o *stare decisis* em termos absolutos, tem a prudência de manter o que ele próprio tem decidido, relativamente a uma dada questão jurídica, e para tanto utiliza expressões como a consagrada ideia de “jurisprudência constante” da Corte.⁵³

A Corte Europeia dos Direitos Humanos também não segue formalmente uma doutrina de precedente vinculativo, muito embora tenha criado a sua própria jurisprudência ao abrigo da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e as decisões, bem como a evolução da jurisprudência, acabem sendo mencionadas pelo Tribunal de Justiça e, na sua prática, seja constatado que as decisões do Tribunal estão em conformidade com as decisões da Corte Europeia dos Direitos Humanos, mormente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, quando a Carta dos Direitos Fundamentais tornou-se vinculativa.⁵⁴

No caso *Caroline Cossey vs. United Kingdom*, discutiu-se ampla e abertamente no âmbito da Corte Europeia dos Direitos Humanos a possibilidade de superação (*overruling*) de um caso anterior, o *Rees vs. United Kingdom* case. No *Rees case*, um transexual queixava-se de que o Direito do Reino Unido não lhe conferia um estatuto jurídico correspondente à sua condição real. A Corte Europeia dos Direitos Humanos, nesse caso “held that there had been no violation of Article 12 (right to marry and found a family) of the Convention. It found that the traditional concept of marriage was based on union between persons of opposite biological sex. States had the power to regulate the right to marry.”⁵⁵

Já no *Caroline Cossey case*, a Corte chegou a conclusões análogas às do *Rees case* e não encontrou novos fatos ou circunstâncias especiais que a levassem a afastar-se do acórdão anterior. Em 1990, o Corte Europeia dos Direitos Humanos declarou que não havia violado o artigo 8.º (direito ao respeito da vida privada e familiar) da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem. Reiterou que “a cirurgia de mudança de sexo não resultou na aquisição de todas as características biológicas do outro sexo” (§ 40 do acórdão). Também observou que uma anotação no registro de nascimento não seria uma solução apropriada. A Corte também declarou que não houve violação do artigo 12.º (direito de se casar e fundar uma família). O apego ao conceito tradicional de

casamento forneceu “razão suficiente para a continuação da adoção de critérios biológicos para determinar o sexo de uma pessoa para fins de casamento” e cabia aos Estados regulamentar pelo direito nacional o exercício do direito de se casar.⁵⁶

Fundamental esse trecho da decisão em que o tribunal “admite” seguir a doutrina do *stare decisis*, no interesse da segurança jurídica:

“[...] o Tribunal não está vinculado pelos seus julgamentos anteriores; na realidade, tal é confirmado pelo artigo 51.º, n. 1, do Regimento. Contudo, a Corte segue e aplica habitualmente os seus próprios precedentes, no interesse da segurança jurídica e do desenvolvimento ordenado do direito da Convenção. No entanto, isso não impede o Tribunal de se afastar de um julgamento anterior caso se convença de que existem razões suficientes para isso. A superação poderia, por exemplo, ser justificada a fim de assegurar que a interpretação da Convenção reflete as mudanças sociais e se mantém em conformidade com as condições atuais.”⁵⁷

Finalmente, no ano de 2002, a Corte Europeia dos Direitos Humanos acabou por superar (*overruling*) o precedente de *Caroline Cossey* no caso *Goodwin vs. United Kingdom*. O tribunal reconheceu que a parte interessada denunciou a falta de reconhecimento jurídico da sua mudança de sexo e, em especial, o seu tratamento em termos de emprego e dos seus direitos à segurança social e pensão e à sua incapacidade de casar e, com base no argumento de que houve “grandes mudanças sociais na instituição do casamento desde a adoção da Convenção, bem como mudanças dramáticas resultantes da evolução da medicina e da ciência no campo da transexualidade [...]”,⁵⁸ julgou precedente o pedido formulado por *Goodwin*.

Ficou evidente, após essa investigação, a influência do precedente sobre as decisões das Cortes Europeias, sendo certo que o Tribunal de Justiça da União Europeia poderia aumentar sua legitimidade através da modificação da maneira como usa precedentes, especialmente levando em consideração que os direitos à igualdade e à não discriminação são princípios fundamentais da União Europeia.

O mesmo pode ser dito da Corte Europeia dos Direitos Humanos. A breve análise das decisões da Corte evidenciou o argumento de que os juízes citam precedentes, pelo menos em parte, para fornecer legitimação estratégica para suas decisões. Os julgamentos sobre questões politicamente sensíveis são justificados de forma mais completa com referência à jurisprudência passada. Isso sem falar que o uso dos precedentes aumenta quando a Corte passa a se comunicar com países do *common law*, nos quais os juristas colocam um valor particularmente alto em justificar decisões com precedentes.⁵⁹

Os precedentes podem tanto licenciar como exigir coerção. Por um lado, desempenham um papel vital na formação da legislação da União Europeia. As decisões resultantes dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União são importantes elementos de reconstrução da ordem jurídica europeia. Por outro lado e, ao mesmo tempo, os precedentes podem impactar e canalizar a argumentação jurídica subsequente.

Conclusão

O debate não se encerra por aqui. O status das decisões do Tribunal de Justiça no âmbito do Direito da União Europeia é um tanto envolvente. As decisões do Tribunal de Justiça, embora, em teoria, não sejam formalmente vinculantes, são, muitas vezes, a mais importante fonte de Direito Europeu. O Tribunal de Justiça da União Europeia, ainda influenciado pelas suas raízes romano-germânicas, está vinculado pela doutrina do precedente, embora não formalmente.

Essa relutância deve-se, provavelmente, ao fato de que o Tribunal de Justiça da União Europeia se baseia no sistema de *civil law*, que é operado na maioria dos Estados-Membros da União. Embora não haja aderência formal ao precedente, o tribunal tenta ser consistente ao tomar em consideração casos anteriores e apenas se afastar da

jurisprudência anterior por razões imperiosas. Uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia vincula todos os tribunais de todos os Estados-Membros da União Europeia.

Portanto, conclui-se que os precedentes são importantes fontes do Direito da União. No processo de justificação das decisões, os tribunais, aí incluídos o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia dos Direitos Humanos, muitas, para não dizer, na maioria das vezes, baseiam-se em casos anteriores. A colocação em prática da doutrina do precedente dá ao Tribunal de Justiça e à Corte Europeia um grau de autossuficiência e, por assim dizer, um grau de poder.

Isso, obviamente, desencadeia uma série de importantes questões, e muitas delas já são, inclusive, clássicos do Direito, da Política e da Filosofia, e é sob esse aspecto que a teoria do precedente judicial se torna extremamente importante em situações jurídicas individuais.

Referências bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARNULL, Anthony. The European Union and its courts of justice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ARNULL, Anthony. Interpretation and precedent in European Community Law. In: ANDENAS, Mads T.; JACOBS, Francis G. European Community Law in the English Courts. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELÓ, John. Precedent in European Community Law. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

CROSS, Rupert. Precedent in english law. Oxford: Oxford at the Clarendon Press, 1961.

DERLÉN, Mattias; LINDHOLM, Johan. Peek-a-boo, it's a case law system! Comparing the European Court of Justice and the United States Supreme Court from a network perspective. German Law Journal, v. 18, n. 3, 2017.

DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. English legal system. 10. ed. London: Longman, 2009.

FINCH, Emily; FAFINSKI, Stefan. Legal skills. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito da União. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

JACOB, Marc. Precedents and case-based reasoning in the european court of justice. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

JACOB, Marc. Precedents: lawmaking through international adjudication. German Law Journal, v. 12, n. 5, 2011.

KOMÁREK, Jan. Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts. LSE Legal Studies Working Paper, n. 4, 2011.

LECZYKIEWICZ, Dorota. Effectiveness of EU law before national courts: direct effect,

effective judicial protection and state liability. In: ARNULL, Anthony; CHARMERS, Damian (Coord.). The oxford handbook of European Union Law. Oxford: Oxford University Press, 2015.

LUPU, Yonatan; VOETEN, Erik. Precedent in international courts: A network analysis of case citations by the European Court of Human Rights. *British Journal of Political Science*, v. 42, 2012.

MIKELSONE, Gundega. The binding force of the case law of the Court of Justice of the European Union. *Jurisprudencija*, v. 20, n. 2, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. Paris: Garnier, 1869.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SZABADOS, Tamás. Precedents' in EU law: the problem of overruling. *ELTE Law Journal*, Budapest, v. 1, 2015.

1 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

2 MITIDIERO, Daniel, Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 67.

3 ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. English legal system. 10. ed. London: Longman, 2009. p. 12.

4 JACOB, Marc. Precedents: lawmaking through international adjudication. *German Law Journal*, v. 12, n. 5, 2011. p. 1007.

5 DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 4.

6 JACOB, Marc. Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 10-11.

7 CROSS, Rupert. Precedent in English Law. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 25.

8 DUXBURY, Neil, The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 126-127.

9 Idem, p. 67.

10 SZABADOS, Tamás. Precedents' in EU law: the problem of overruling. *ELTE Law Journal*, Budapest, v. 1, p. 138-145, 2015.

11 MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. Paris: Garnier, 1869. p. 149. Livre XI, Chapitre 6.

12 DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 127

- 13 Acórdão de 14.09.1999, Comissão das Comunidades Europeias vs. AssiDomän Kraft Products AB, Iggesund Bruk AB, Korsnäs AB, MoDo Paper AB, Södra Cell AB, Stora Kopparbergs Bergslags AB e Svenska Cellulosa AB, C-310-97, parágrafo 54.
- 14 Caso Sema Sürül vs. Bundesanstalt für Arbeit, opinião do AG La Pergola, § 36.
- 15 SZABADOS, Tamás. Precedents' in EU law: the problem of overruling. ELTE Law Journal, Budapest, v. 1, p. 125-130, 2015.
- 16 FINCH, Emily; FAFINSKI, Stefan. Legal skills. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 136.
- 17 BARCELÓ, John. Precedent in European Community Law. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHART, Arthur. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997. p. 407.
- 18 ARNULL, Anthony. The European Union and its courts of justice. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 627.
- 19 ARNULL, Anthony. Interpretation and precedent in European Community Law. In: ANDENAS, Mads T.; JACOBS, Francis G. European Community Law in the English Courts. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 125-126.
- 20 JACOB, Marc. Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 16-18.
- 21 Caso Internationaler Hilfsfonds eV vs. Commission of the European Communities, processo C-331/05 P, opinião da AG Verica Trstenjak, § 85.
- 22 Por todos, MIKELSONE, Gundega. The binding force of the case law of the Court of Justice of the European Union. Jurisprudencija, v. 20, n. 2, 2013. p. 471-472.
- 23 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22-23.
- 24 MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 77.
- 25 SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 60.
- 26 LECZYKIEWICZ, Dorota. Effectiveness of EU law before national courts: direct effect, effective judicial protection and state liability. In: ARNULL, Anthony; CHARMERS, Damian (Coord.). The oxford handbook of European Union Law. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 231.
- 27 Caso Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV e Hoechst-Holland NV, opinião do AG Maurice Lagrange, processos 28 a 30/62, § 2º.
- 28 Caso Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV e Hoechst-Holland NV, opinião do AG Maurice Lagrange, parágrafo 2.
- 29 Acórdão de 19.02.2009, caso Koldo Gorostiaga Atxalandabaso vs. Parlamento Europeu, C-308-07 P.
- 30 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 142.

31 Caso Federico Cipolla vs. Rosaria Portolese, Fazari (nome adquirido pelo matrimónio) e Stefano Macrino e Claudia Capoparte vs. Roberto Meloni, Opinião do AG Maduro, processos reunidos C-94/04 e C-202/04, § 29.

32 Caso Merck vs. Primecrown, Opinião do AG Fennelly, processos apensos C-267/95 e C-268/95, parágrafo 139.

33 Idem.

34 Acórdão de 14.07.1981, Merck & Co. Inc. vs. Stephar BV and Petrus Stephanus Exler, C-187/80.

35 Acórdão de 05.12.1996, Merck vs. Primecrown, processos apensos C-267/95 e C-268/95, parágrafo 43.

36 Extrai-se, ainda, o seguinte trecho do parágrafo 47 do caso Primecrown: "Com efeito, resulta de jurisprudência constante que se deve obviar às distorções causadas por uma diferente regulamentação dos preços num Estado-Membro através de medidas tomadas pelas autoridades comunitárias e não pela introdução, por outro Estado-Membro, de medidas incompatíveis com as normas relativas à livre circulação de mercadorias (v. acórdãos de 31 de Outubro de 1974, Winthrop, 16/74, Colect., p. 499, n. 17, de 20 de Janeiro de 1981, Musik-Vertrieb Membran e K-tel International, 55/80 e 57/80, Recueil, p. 147, n. 24, e de 11 de Julho de 1996, Bristol-Myers Squibb e o., C-427/93, C-429/93 e C-436/93, Colect., p. I-3457, n. 46)."

37 Acórdão de 28.06.2005, Dansk Rørindustri A/S e outros vs. Comissão das Comunidades Europeias, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-206/02 P, C-207/02 P, C-208/02 P e C-213/02 P.

38 Acórdão de 29.03.2011, ArcelorMittal Luxembourg SA e outros vs. Comissão Europeia, C-201/09 P e C-216/09 P.

39 GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito da União. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 269.

40 Acórdão de 15.01.2014, caso Association de médiation sociale vs. Union locale des syndicats CGT and Others, C-176/02.

41 Acórdão de 30.09.2003, caso Gerhard Köbler v Republik Österreich, C-224/01, parágrafo 56.

42 Acórdão de 13.06.2006, caso Traghetti del Mediterraneo SpA, in liquidation v Repubblica italiana, C-173/03, parágrafo 43.

43 Acórdão de 03.09.2008, caso Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation vs. Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, C-402/05P.

44 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 143.

45 MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 100.

46 Caso SA CNL-SUCAL NV, opinião do AG Jacobs, processo C-10/89, § 10. Talvez a versão em inglês justifique a ideia da metáfora: "It merely provides a skeleton. The task of putting flesh on the bones falls to the Community legislature and to the Court of

Justice.”

47 Acórdão de 17.10.1990, caso SA CNL-SUCAL NV contra HAG GF AG, processo C-10/89. Consta expressamente do parágrafo 10 da decisão que “Tendo em conta as considerações contidas no despacho que contém o pedido de decisão a título prejudicial e a discussão perante o Tribunal de Justiça a em relação à relevância do seu acórdão de 3 de Julho de 1974, Van Zuylen/HAG (192/73, Recueil, p. 731), com vista à resposta a dar à questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional, impõe-se sublinhar desde já que o Tribunal de Justiça entende ser necessário reconsiderar a interpretação adoptada neste acórdão, à luz da jurisprudência que se desenvolveu progressivamente no domínio das relações entre a propriedade industrial e comercial e as regras gerais do Tratado, nomeadamente no domínio da livre circulação de mercadorias.”

48 Caso SA CNL-SUCAL NV, opinião do AG Jacobs, processo C-10/89, parágrafo 67. Na versão em inglês fica evidente a sugestão de overruling: “That the Court should in an appropriate case expressly overrule an earlier decision is I think an inescapable duty, even if the Court has never before expressly done so. In the present case the arguments for expressly abandoning the doctrine of common origin are exceptionally strong; moreover, the validity of that doctrine is already, as I have suggested, in doubt as a result of the intervening case-law.”

49 Acórdão de 23.04.1986, caso Les Verts vs. Parlamento Europeu, processo C-294/83.

50 Acórdão de 03.10.2013, caso Inuit Tapiriit Kanatami and Others vs. Parlamento Europeu, processo C-583/11.

51 KOMÁREK, Jan. Judicial Lawmaking and Precedent in Supreme Courts. LSE Legal Studies Working Paper, n. 4, 2011, p. 2. Acerca das doutrinas fundamentais do Direito da União do efeito direto e do primado nos precedentes do Tribunal de Justiça, por todos, o acórdão de 05.02.1963, caso NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa, processo C-26/62. Na doutrina, por todos, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito da União. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 346-382.

52 DERLÉN, Mattias; LINDHOLM, Johan. Peek-a-boo, it’s a case law system! Comparing the European Court of Justice and the United States Supreme Court from a network perspective. German Law Journal, v. 18, n. 3, 2017. p. 649-650.

53 A exemplo do que foi recentemente foi decidido no Acórdão de 26.04.2017, caso Stichting Brein contra Jack Frederik Wullems, processo C-527-15.

54 Nesse sentido: SZABADOS, Tamás. Precedents’ in EU law: the problem of overruling. ELTE Law Journal, Budapest, v. 1, 2015, p. 136.

55 Acórdão de 25.09.1986, Rees vs. United Kingdom, caso 2/1985/88/135.

56 Acórdão de 29.08.1990, Cossey vs. United Kingdom, caso 16/1989/176/232.

57 “[...] Is true that, as she submitted, the Court is not bound by its previous judgments; indeed, this is borne out by Rule 51 para. 1 of the Rules of Court. However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions (see, amongst several authorities, the Inze judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 18,

para. 41).”

58 Acórdão de 11 de julho de 2002. *Goodwin vs. United Kingdom*, caso 28957/95. “The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention, owing to a clear and continuing international trend towards increased social acceptance of transsexuals and towards legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals. ‘Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, the Court reaches the conclusion that the notion of fair balance inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant’ (§ 93 of the judgment) The Court also held that there had been a violation of Article 12 (right to marry and found a family) of the Convention. It was ‘not persuaded that it [could] still be assumed that [the terms of Article 12] must refer to a determination of gender by purely biological criteria’ (§ 100). The Court held that it was for the State to determine the conditions and formalities of transsexual marriages but that it ‘finds no justification for barring the transsexual from enjoying the right to marry under any circumstances’ (§ 103).”

59 Nesse sentido, LUPU, Yonatan; VOETEN, Erik. Precedent in International courts: a network analysis of case citations by the European Court of Human Rights. *British Journal of Political Science*, v. 42, 2012. p. 438.